

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA DEL SEIA COMO CONSULTA INDÍGENA: ALCANCES A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EN PARTICULAR A UN REITERADO VOTO DE MINORÍA

SEBASTIÁN DONOSO RODRÍGUEZ

RESUMEN: Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 se ha planteado un debate respecto a si el procedimiento de participación ciudadana del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental permite subsumir la consulta indígena que establece dicho convenio. La Corte Suprema ha resuelto afirmativamente la cuestión anterior, pero existe un voto de minoría en los respectivos fallos que discrepa de lo anterior. Este trabajo comenta la sentencia de la Corte Suprema del 16 de junio de 2011 que expone tanto el criterio mayoritario como el voto de minoría recién mencionados. El autor concluye, en coincidencia con lo resuelto por la Corte Suprema, que la participación ciudadana del SEIA cumple con los estándares del Convenio 169 y afirma que los argumentos en que se basa el voto de minoría no se sostienen al considerar los elementos de la participación ciudadana del SEIA y las recomendaciones de la propia OIT sobre la consulta indígena.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La Sentencia. 2.1. Fundamentación del recurso de protección. 2.2. El fallo. 2.3. Voto de minoría. 3. Fundamentos del fallo y del voto de minoría. 3.1. Fundamentos del fallo. 3.2. Fundamentos del voto de minoría. 3.3. Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema. 4. La Consulta indígena según el Convenio 169 y la OIT. 4.1. La consulta indígena según el artículo 6 del Convenio 169. 4.2. La consulta indígena según la OIT. 5. La participación ciudadana en el SEIA. 5.1. Consulta indígena: la mirada del Tribunal Constitucional. 5.2. La participación ciudadana en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento del SEIA. 5.3. El nuevo reglamento del SEIA. 6. Comentarios al fallo y al voto de minoría. 6.1. Comentarios al fallo. 6.2. Comentarios al voto de minoría. 7. Conclusión. Bibliografía.

1. INTRODUCCION

La participación de los ciudadanos en las decisiones que les conciernen ha ido ganando espacios en los diversos ámbitos de la vida pública. Sin embargo, en pocas materias ha llegado a cobrar tanta notoriedad pública como en las decisiones que afectan a los pueblos indígenas. Esta notoriedad va de la mano con la entrada en vigencia en septiembre de 2009 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes ('Convenio 169'), cuya 'piedra angular', para usar la expresión acuñada por la propia OIT, es en general la participación indígena y en particular la denominada 'consulta indígena'.

Ya en mayo de 2010, solo algunos meses después de la entrada en vigencia del Convenio 169, la Corte Suprema dictaba el primer fallo relacionado con la consulta indígena¹. Desde entonces e incluyendo dicha sentencia, el máximo tribunal se ha pronunciado en nueve ocasiones sobre la materia, las dos últimas de ellas en marzo de 2012². Debe destacarse que todos los pronunciamientos salvo uno recaen en recursos de protección interpuestos en contra de resoluciones de calificación ambiental referidas tanto a estudios como a declaraciones de impacto ambiental, por lo que la discusión se ha centrado en la aptitud del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental ('SEIA') para subsumir la consulta indígena consagrada en el Convenio 169. Los fallos de la Corte Suprema se han referido entonces tanto a la consulta indígena en procesos de evaluación iniciados con una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) como a procesos iniciados mediante un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

¹ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, Recurso de Protección Rol N° 1525-2010 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto 'Piscicultura Palguín'.

² Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 22 de marzo de 2012, Recurso de Protección Rol N°10.090-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto 'Parque Eólico Chiloé'; y Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 30 de marzo de 2012, Recurso de Protección Rol N°11.040-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto 'Sondajes de Prospección Paguanta'.

Los pronunciamientos de la Corte Suprema sobre la materia han estado en el centro del debate. Carrasco³ se refiere a la Corte Suprema, a la consulta indígena y al SEIA como ‘*una relación que no termina de aclararse*’, destacando el aumento en la litigiosidad y el esfuerzo de la Corte Suprema para ir delineando una jurisprudencia al respecto. Fernández⁴ explica que “*el deber de consulta ha sido el gran tema del Convenio que ha sido cometido a consideración de los tribunales de justicia, especialmente mediante la vía de interposición de recursos de protección, en virtud de lo cual se ha desarrollado una jurisprudencia que, en definitiva, ha ido estableciendo las bases en virtud de las cuales se debe aplicar la consulta*”. Más críticos son Contesse y Lovera⁵, para quienes “*mientras algunas Cortes de Apelaciones se han acercado a una lectura del Convenio respetuosa de sus objetivos, las decisiones de la Corte Suprema han sido (en su mayoría) fieles a una tesis restrictiva impulsada por el Ejecutivo desde la entrada en vigencia del tratado, en oposición a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional*”.

En este escenario, el presente comentario analizará la sentencia de la Corte Suprema de fecha 16 de junio de 2011, resuelta en el Recurso de Protección Rol N°2262-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en el EIA del proyecto ‘Exploración Minera Catanave’ (‘RCA’). Esta sentencia será examinada críticamente tanto en su propio mérito como en relación a las sentencias que la anteceden y suceden, considerando que el máximo tribunal ha sostenido una jurisprudencia consistente –aunque con matices– a lo largo de todas ellas.

De particular interés es el examen crítico del voto de minoría de la sentencia en comento, pues en dicho voto se exponen varios de los principales argumentos que se han esgrimido para sostener que la participación ciudadana del SEIA no se conforma con los estándares del Convenio 169, cuestión con la que, como se verá, este comentarista no está de acuerdo.

³ CARRASCO QUIROGA (2011), pp. 187-223.

⁴ FERNÁNDEZ ALEMANY (2011), p. 271.

⁵ CONTESSE SINGH y LOVERA PARMO (2011), p. 127.

2. LA SENTENCIA

El examen de la sentencia de la Corte Suprema se dividirá en tres partes: i) fundamentación del recurso de protección; ii) el fallo, que por confirmar la sentencia impugnada de la Corte de Apelaciones de Arica nos lleva a analizar los fundamentos de esta última; y iii) el voto de minoría.

2.1 Fundamentación del recurso de protección

El recurso de protección fue presentado por Ángel Carrasco Arias, Alcalde de Putre, tanto en su calidad de persona natural aymara y miembro de la Comunidad Sucesorial Juan de Dios Aranda, como en representación de la Ilustre Municipalidad de Putre. El recurrente solicitó la revocación de la Resolución Exenta N° 073 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de Arica y Parinacota, de fecha 3 de diciembre de 2010, mediante la cual se calificó favorablemente el proyecto “Exploración Minera Proyecto Catanave”, de la empresa Southern Copper Corporation, aduciendo que durante el proceso de evaluación ambiental del EIA de dicho proyecto correspondía aplicar el Convenio 169 y consultar a los pueblos indígenas.

2.2 El fallo

Por sentencia de fecha 4 de marzo de 2011, la Corte de Apelaciones de Arica rechazó el recurso de protección, resolución que fue confirmada por la Corte Suprema en fallo del 16 de junio de 2011. La sentencia de la Corte Suprema se limita a confirmar la sentencia apelada en un escueto fallo de dos líneas:

“Se confirma la sentencia apelada de cuatro de marzo pasado, escrita fojas 519, rectificada con fecha once de marzo pasado a fojas 623.”

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, por su parte y en lo que es relevante para este comentario, resolvió el rechazo del recurso de protección basada en que el proceso de participación de la comunidad durante el proceso de evaluación ambiental del proyecto cumplía con lo dispuesto en el Convenio 169. Es importante destacar que el razonamiento de la Corte de Apelaciones de Arica apunta tanto a validar el proceso de evaluación ambiental específi-

camente llevado a cabo para el proyecto en cuestión, como la aptitud del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el SEIA para dar cumplimiento a la obligación de consulta indígena establecida en el Convenio 169. En efecto, el considerando decimotercero señala que *“consta en diversos documentos allegados al presente recurso, la participación de la comunidad ciudadana durante el proceso de tramitación del Estudio de Impacto Ambiental cuyas observaciones y ponderaciones fueron expresadas en diversas etapas, cumpliendo así con lo dispuesto en el párrafo 3º, artículo 26 y siguientes, de la ley N° 19.300; y en el Título V Párrafo 1º del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, observaciones y ponderaciones contenidas en el numeral quinto de la parte considerativa de la Resolución Exenta N° 073 de fecha 3 de diciembre de 2010”*.

A continuación, confirmando la aptitud del procedimiento de participación ciudadana contemplado en el SEIA para dar cumplimiento a la obligación de consulta indígena establecida en el Convenio 169, cita en su apoyo un fallo previo⁶ razonando del siguiente modo:

“Que la conclusión expuesta aparece corroborada en fallo de protección causa Rol N° 4078-2010, de la Corte Suprema al señalar: “Que conforme a estos lineamientos, forzoso es concluir que el deber general de consulta a los pueblos indígenas en lo concerniente a los procedimientos de evaluación de impacto ambiental estatuido en la Ley N° 19.300 y su Reglamento ya se encuentra incorporado a dicha legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana que los artículos 26 a 31 de la citada ley establecen”, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de la Ley N° 19.300, en relación con los derechos consagrados en la normativa internacional, contenida preferentemente en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental”.

Concluye resolviendo que, *“al no constatarse ilegalidad ni arbitrariedad en la dictación de la resolución exenta impugnada, resulta inoficioso pronunciarse sobre la eventual amenaza a los derechos constitucionales invocados”*.

⁶ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 14 de octubre de 2010, Recurso de Protección Rol N°4078-2010 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en el Estudio de Impacto Ambiental del proyecto ‘Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia’.

2.3 Voto de minoría

Tal como se anticipó, la sentencia de la Corte Suprema fue acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Haroldo Brito, quien estuvo por revocar la sentencia impugnada y hacer lugar al recurso de protección, de modo que se ordenara dejar sin efecto la Resolución Exenta N° 073/2010 dictada por la Corema de Arica que había calificado favorablemente el proyecto ‘Exploración Minera Proyecto Catanave’ con el objeto que *“previamente se realice el proceso de consulta que previene el numeral 1° del artículo 6 del Convenio N° 169 de la OIT”*.

El voto de minoría razona del siguiente modo:

“1. Todo proceso que pueda afectar alguna realidad de los pueblos originarios o indígenas supone que sea ejecutado desde la particularidad, esto es, considerando que la adecuación ha de hacerse en dirección a ella, porque de obrarse de modo distinto no llegaría a considerar los intereses de tales minorías. Ello ha de ser así porque es claro que las medidas que se adopten deben orientarse a salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. Esto es, ha de tratarse de resoluciones especiales, distintas de las que normalmente son acordadas para ámbitos sociales marcadamente diferentes. Tal característica de la medida, entonces, muy probablemente no será lograda de no obrarse de la manera referida.

2. Para asegurar lo anterior, el artículo 4° del Convenio nombrado previene la obligatoriedad de las consultas y la participación de organizaciones representativas. Tal modalidad no implica sujetar la decisión de estos asuntos solo al parecer de las minorías étnicas afectadas, ni menos limitar la potestad de administrar a las autoridades públicas sino, únicamente, buscar un procedimiento que otorgue posibilidades de entendimiento, de acuerdos que integren y no excluyan.

Informar no constituye un acto de consulta, porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión. Por ello es que este diálogo ha de tenerse de buena fe, con la intención de alcanzar acuerdo, de abandonar posiciones propias con el propósito de lograr otras, que surjan consensuadas.

Necesariamente debe hacerse a través de organismos representativos y libremente.

3. Así las cosas, la decisión atacada debió dar cumplimiento al referido Convenio, por cuanto al momento de su dictación este se encontraba vigente y por ello el disidente estima que se incumple el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere.

Tal carencia torna arbitraria la decisión y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, porque al no aplicarse la consulta que el convenio previene, niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”.

3. FUNDAMENTOS DEL FALLO Y DEL VOTO DE MINORÍA

3.1 Fundamentos del fallo

La sentencia de la Corte Suprema confirma su línea jurisprudencial previa al sostener que el deber de consulta indígena ya se encuentra incorporado a nuestra legislación ambiental a través del procedimiento de participación ciudadana establecido en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 y que, en consecuencia, la participación de las comunidades indígenas en el marco de dicha ley y en relación con los derechos consagrados en el Convenio 169, se rige por el procedimiento contemplado en nuestra legislación ambiental.

3.2 Fundamentos del voto de minoría

En lo sustancial, el voto de minoría se basa en los siguientes argumentos:

- a) Los procesos (administrativos) que puedan afectar a los pueblos indígenas deben considerar las particularidades propias de estos grupos humanos y por tanto las resoluciones que recaigan en dichos procesos deben dar cuenta de esa ‘especialidad’.

- b) La consulta indígena del Convenio 169 es obligatoria.
- c) La consulta indígena debe realizarse de buena fe y con la intención de alcanzar un acuerdo.
- d) Informar no constituye un acto de consulta, *“porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”*.
- e) La consulta indígena debe hacerse a través de organismos representativos (indígenas) y libremente.
- f) La RCA debió dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169 pues al momento de su dictación este último se encontraba vigente.
- g) La RCA incumplió el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta *‘aque-llos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere’*.
- h) La RCA es arbitraria y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, ya que al no aplicarse la consulta indígena del Convenio 169, *“niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver”*.

Estos argumentos han sido expuestos en forma similar en sendos votos de minoría de la sentencias de la Corte Suprema de fechas 14 de octubre de 2010⁷ y 6 de mayo de 2011⁸.

Por otra parte, y en forma previa a analizar los argumentos del voto de minoría, es importante esclarecer si su razonamiento apunta a que el proceso de participación ciudadana del SEIA es *per se* inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169, o si esa es una cuestión que los tribunales de justicia deben dilucidar caso a caso dependiendo de la forma en que se hayan ejecutado los respectivos procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana.

⁷ Excma. Corte Suprema, Rol N°4078-2010, caso ‘Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia’, ya citada.

⁸ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 6 de mayo de 2011, Recurso de Protección Rol N°1608-2011 interpuesto contra el decreto del Ministerio de Obras Públicas que adjudicó el contrato de concesión para la ejecución, conservación y explotación de la obra pública fiscal denominada “Nuevo Aeropuerto de la Región de La Araucanía”.

Sobre el particular, del análisis de este y de los otros votos de minoría ya mencionados resulta claro que la opinión de su autor es que el proceso de participación ciudadana del SEIA es *per se* inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169.

3.3 Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema

La Corte Suprema se ha pronunciado en ocho ocasiones respecto a la consulta indígena del Convenio 169 y su relación con el SEIA⁹. Estos pronunciamientos han recaído todos en recursos de protección interpuestos:

- a) Contra declaraciones de impacto ambiental (5);
- b) Contra estudios de impacto ambiental (2); y
- c) Contra actividades del recurrido no ingresadas al SEIA (1).

La jurisprudencia establecida por la Corte Suprema en estos ocho fallos se puede distinguir y agrupar del siguiente modo:

- a) Un fallo (*Piscicultura Palguín*) en que la Corte Suprema estableció que el proyecto había sido correctamente evaluado a través de una DIA, estableciendo una analogía entre la falta de impacto significativo que hubiera exigido su evaluación a través de un EIA y la falta de afectación directa que hubiera exigido la consulta indígena del Convenio 169.
- b) Cuatro fallos (*Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli; Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama; Parque Eólico Chiloé; y Sondajes de Prospección Paguanta*) en que la Corte Suprema estableció que dichos proyectos habían sido incorrectamente evaluados a través de una DIA, por lo que revocó las respectivas resoluciones de calificación ambiental y ordenó que los mismos se evaluaran a través de un

⁹ Debe aclararse aquí que el reciente fallo de la Excm. Corte Suprema que confirmó la revocación de la resolución de calificación ambiental del proyecto minero El Morro (sentencia de fecha 27 de abril de 2012, Recurso de Protección Rol N° 2211-2012), contrariamente a lo informado por algunos medios de prensa, no se basa en una supuesta falta de consulta indígena de dicho proyecto, sino en una apreciación del máximo tribunal en cuanto a que no se habría evaluado adecuadamente su impacto sobre los miembros de la Comunidad Agrícola los Huascoaltinos que tendrían la calidad de indígenas.

EIA, debiendo conformarse la participación ciudadana de este último con los estándares del Convenio 169.

- c) Dos fallos (*Sistema de Conducción y Descarga al Mar de Efluentes Tratados de Planta Valdivia* y *Exploración Minera Catanave*) en que la Corte Suprema estableció que los procesos de evaluación ambiental de dichos proyectos –con su componente de participación ciudadana– cumplían con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169. Debe recordarse aquí que estos dos fallos registran un voto de minoría.
- d) Un fallo (*Comunidad Indígena Pepiukelén*) en que la Corte Suprema dispuso que la recurrida debía paralizar y abstenerse de ejecutar cualquier obra, trabajo o labor en el inmueble de propiedad de dicha comunidad y retrotraer las cosas al estado anterior al de su ilegítimo obrar, restaurando la piscina allí existente a su estado natural. Debe resaltarse en este caso que si bien la Corte Suprema confirmó el fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, eliminó los considerandos noveno y décimo de dicha sentencia que establecían que las actividades de la recurrida debían ingresar al SEIA y someterse a la consulta indígena del Convenio 169. Adicionalmente, este fallo contó con un voto de minoría del Ministro señor Sergio Muñoz, quien estuvo por mantener dichos considerandos.

Ahora bien, es importante consignar una sutil diferencia entre los fallos mencionados en la letra c) anterior y aquellos referidos en la letra b) que la precede.

En efecto, los fallos recaídos en recursos de protección interpuestos en contra de estudios de impacto ambiental se limitan a dejar establecido –en lo medular– que los procesos de evaluación ambiental y participación ciudadana de los respectivos proyectos se adecuaron a las exigencias de la consulta indígena.

En cambio, los fallos recaídos en recursos de protección interpuestos en contra de declaraciones de impacto ambiental (aludidos en la letra b) revocan las respectivas resoluciones de calificación ambiental y ordenan que los proyectos en cuestión se evalúen a través de un EIA, debiendo conformarse su participación ciudadana con los estándares del Convenio 169. Lo que no dicen estos fallos, por supuesto, es qué elementos deben concurrir para que esos procesos de participación ciudadana se conformen con los

estándares del Convenio 169, lo que introduce una dosis de subjetividad al respecto.

Pero además los fallos a los que se refiere la letra b) incluyen una fórmula sacramental que si bien se mantiene en lo medular, muestra una evolución que merece ser comentada. Esta evolución queda de manifiesto al revisar dichos fallos. En efecto, la sentencia en el caso Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli argumenta como sigue¹⁰:

“TERCERO: Que lo anterior importa que en este caso la autoridad administrativa debió considerar el procedimiento de participación ciudadana de los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300, contemplando además los estándares del Convenio N°169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

CUARTO: Que, en consecuencia, al dictar la recurrida la resolución N° 041 por la que calificó favorablemente la Declaración de Impacto Ambiental respecto del proyecto ‘Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli’, pese a que éste requería de un Estudio de Impacto Ambiental para su aprobación de acuerdo a la Ley N° 19.300, y por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169, incurrió en un actuación ilegal afectando con ello la garantía consagrada en el artículo 19 N° 8 de la Carta Fundamental” (el subrayado es del autor).

Por su parte, el fallo en el caso *Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama* discurre así¹¹:

“DÉCIMO: Que por lo anteriormente expuesto, esta Corte brindará la cautela requerida, en razón que para la aprobación de la modificación del Plan Regulador de San Pedro de Atacama, era necesario un Estudio de Impacto Ambiental que como tal comprende un procedimiento de participación ciudadana, que deberá

¹⁰ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 4 de enero de 2011, Recurso de Protección Rol N° 6062-2010 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto ‘Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli’.

¹¹ Excma. Corte Suprema. Sentencia de fecha 13 de julio de 2011, Recurso de Protección Rol N° 258-2011 interpuesto contra la Resolución de Calificación Ambiental recaída en la Declaración de Impacto Ambiental del proyecto ‘Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama’.

ajustarse además a los términos que el Convenio N° 169 contempla, lo cual permitirá asegurar el derecho antes aludido.

Por estas consideraciones (...) se acoge el recurso de protección presentado en lo principal de fojas 18, declarándose que se deja sin efecto la Resolución Exenta N° 275/2010 de 15 de septiembre de 2010 de la Comisión Regional del Medio Ambiente de la Región de Antofagasta, por lo que el proyecto de Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama deberá someterse a un Estudio de Impacto Ambiental, cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (el subrayado es del autor).

Los fallos en los casos *Parque Eólico Chiloé* y *Sondajes de Prospección Paguanta* repiten casi textualmente los términos del fallo inmediatamente anterior.

Como se puede apreciar, el fallo en el caso *Estación de Transferencia de Residuos Sólidos Lanco-Panguipulli* establece que el proceso de evaluación ambiental de dicho proyecto debió haberse realizado a través de un EIA y que “por ende era necesaria la consulta de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169” (el subrayado es del autor). Los tres fallos siguientes (*Actualización Plan Regulador San Pedro de Atacama*; *Parque Eólico Chiloé* y *Sondajes de Prospección Paguanta*) también concluyen que los proyectos en cuestión debían evaluarse a través de un EIA, pero agregan expresamente “cuyo procedimiento de participación ciudadana previsto en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 se rija por los estándares del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales” (el subrayado es del autor).

En otras palabras, en el primer fallo la Corte Suprema estableció que era necesaria la consulta indígena “*de acuerdo a los términos de la Ley N° 19.300 y el Convenio 169*”, afirmación de la que podía deducirse que los procedimientos de nuestra ley ambiental –en particular la participación ciudadana– eran aptos para cumplir con la consulta indígena. En los fallos siguientes, en cambio, el máximo tribunal dispuso expresamente que el procedimiento de participación ciudadana debía regirse por los estándares del Convenio 169, fijando así –aparentemente– una vara más alta.

Sin embargo, lo relevante es que la Corte Suprema ha mantenido su criterio que la participación ciudadana del SEIA es apta para dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169.

4. LA CONSULTA INDÍGENA SEGÚN EL CONVENIO 169 Y LA OIT

Enunciados ya los argumentos en base a los cuales el voto de minoría sostiene que el procedimiento de participación ciudadana del SEIA es inadecuado para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169 o, dicho de otra forma, para cumplir los estándares de dicho convenio, es oportuno revisar los elementos del artículo 6 del Convenio 169 y luego mencionar los criterios que la propia OIT ha establecido respecto a la consulta indígena y en particular en relación a dicha disposición.

4.1 La consulta indígena según el artículo 6 del Convenio 169

Señala el artículo 6:

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

Como es evidente, el artículo 6 delinea los contornos de la consulta indígena en términos muy generales y amplios. Si estamos a la literalidad de la norma, los principales elementos de la consulta indígena son los siguientes:

- 1) Es una obligación de los ‘gobiernos’¹²;
- 2) Se consultan medidas administrativas y legislativas;
- 3) Susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas;
- 4) Cada vez que se ‘prevean’ dichas medidas;
- 5) Mediante procedimientos apropiados;
- 6) A través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas;
- 7) De buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias; y
- 8) Con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

4.2 La consulta indígena según la OIT

Hasta aquí la consulta indígena según el propio Convenio 169. Debe resaltarse nuevamente que los elementos recién enunciados delimitan los estándares de la consulta indígena en términos muy genéricos. Aunque parezca innecesario decirlo, el Convenio 169 no fija un modelo único o formato tipo para realizar la consulta indígena, ni entra en los detalles de cada uno de sus elementos o principios básicos. Tampoco lo hace la OIT, como se verá a continuación.

Lo anterior es perfectamente coincidente con el espíritu de la ‘norma de clausura’ del Convenio 169 –su artículo 34– que permite que cada país pueda implementar el Convenio 169 considerando la flexibilidad necesaria para contextualizar dicha implementación según sus propias condiciones:

“La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país”.

En efecto, el artículo 6 no escapa a dicha norma que constituye un principio general para la aplicación del Convenio 169, de modo

¹² Con ocasión de su visita a Chile en diciembre de 2010, la Directora de Normas Internacionales del Trabajo de la OIT, Cleopatra Doumbia-Henry, aclaró a los miembros de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado que cuando el artículo 6 ocupa la voz ‘gobiernos’ se está refiriendo al órgano ejecutivo.

que cada país debe determinar la forma de implementar la consulta indígena según sus particularidades propias.

Ahora bien, el órgano interpretativo del Convenio 169, la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* de la OIT ('CEACR' o 'Comisión de Expertos'), sí entrega observaciones y recomendaciones respecto a cada una de las disposiciones del Convenio 169, las que van delineando una cierta doctrina respecto a los elementos ya mencionados.

Entre las recomendaciones de la Comisión de Expertos, la más reciente y atingente es la Observación General 2011 sobre la obligación de consulta del Convenio 169 ('Observación General 2011'), la cual permite 'rellenar', si se nos permite la expresión, los elementos de la consulta indígena que establece el propio artículo 6 del Convenio 169. Dice la Observación General 2011¹³:

- “1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias;
3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas;
4. deben llevarse a cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

De todo lo anterior se desprende que las consultas pro forma o la simple información no cumplirán con los requisitos del Convenio. Al mismo tiempo, dichas consultas no implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento”.

En síntesis, la CEACR delinea los contornos de la consulta indígena del siguiente modo:

¹³ CEACR (2011)

1. Debe ser previa a la dictación de la respectiva medida administrativa o legislativa;
2. Debe ser formal, plena y llevarse a cabo de buena fe;
3. Debe realizarse a través de mecanismos apropiados y de una forma adaptada a las circunstancias;
4. Debe llevarse a cabo a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales;
5. Debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo;
6. Debe llevarse a cabo con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre la medida propuesta. Por lo mismo, una consulta 'pro forma' o la simple entrega de información no cumplen con el Convenio 169; y
7. No implica un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento. En otras palabras, si bien la consulta indígena debe estar inspirada por el 'deseo sincero' de llegar a un acuerdo, la falta de dicho acuerdo no invalida el proceso de consulta en cuestión.

Los elementos ya vistos del artículo 6 y estas recomendaciones de la Comisión de Expertos de la OIT conforman en su conjunto lo que se podría denominar como los 'estándares' del Convenio 169 y particularmente de la consulta indígena.

Resta ahora, en consecuencia, escudriñar los elementos del proceso de participación ciudadana del SEIA para determinar si se conforman o no con los estándares antes mencionados.

5. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SEIA

La participación ciudadana del SEIA está regulada en los artículos 26 a 31 de la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente ('Ley N° 19.300'), y en los artículos 49 a 54 del Reglamento del SEIA ('Reglamento del SEIA'). Sin embargo, antes de entrar de lleno al análisis de estas disposiciones, es indispensable citar la

norma que sirve de sustento último a la obligatoriedad de evaluar el componente indígena de un proyecto.

En efecto, el artículo 4 de la Ley N° 19.300 establece que:

“Es deber del Estado facilitar la participación ciudadana, permitir el acceso a la información ambiental y promover campañas educativas destinadas a la protección del medio ambiente.

*Los órganos del Estado, en el ejercicio de sus competencias ambientales y en la aplicación de los instrumentos de gestión ambiental, **deberán propender por la adecuada conservación, desarrollo y fortalecimiento de la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales de los pueblos, comunidades y personas indígenas**, de conformidad a lo señalado en la ley y en los convenios internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (...)*” (el destacado es del autor).

Como se puede apreciar, el inciso segundo contiene un mandato que –salvo por la jerarquía de la norma– en nada se distingue de mandatos similares que encontramos en las bases de la institucionalidad de nuestra Constitución. Esta disposición refleja así un consenso social en cuanto a que la preservación de los pueblos indígenas es una prioridad, lo que le da además consistencia y coherencia con los mandatos de protección, fomento y desarrollo contenidos en la Ley N°19.253 de 1993 (‘Ley Indígena’).

5.1 Consulta indígena: la mirada del Tribunal Constitucional

Antes de entrar de lleno en el análisis de las disposiciones de la Ley N° 19.300 y del Reglamento del SEIA, es pertinente revisar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su fallo del 4 de agosto de 2000¹⁴ sobre la consulta indígena del Convenio 169 y su relación con el SEIA.

En lo que es más relevante para este comentario, el considerando 7° del fallo sostiene que hay una ‘diferencia esencial’ entre la consulta indígena del Convenio 169 y aquellas otras consultas que se esta-

¹⁴ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 4 de agosto de 2000, Rol N° 309, la cual fue pronunciada en requerimiento formulado por diversos diputados de la entonces oposición para que el tribunal resolviera la inconstitucionalidad de forma y de fondo del Convenio 169.

blecen en nuestro ordenamiento positivo. Agrega que la respuesta a la consulta indígena, si bien “*no tiene un carácter vinculante stricto sensu si tiene una connotación jurídica especial que se encarga de precisarla el N°2 del mismo artículo 6°*”, refiriéndose con ello al principio de buena fe que debe animar las consultas y a su finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento.

A primera vista, entonces, esta ‘diferencia esencial’ y ‘connotación jurídica especial’ de la consulta indígena parecerían alejar a esta última de todo intento por subsumirla en el procedimiento de participación ciudadana del SEIA. Sin embargo, para sopesar adecuadamente el alcance de esta parte del fallo, debe tenerse presente que el Tribunal Constitucional respondía así a la argumentación del Presidente de la República en cuanto a que este tipo de consultas (a indígenas) ya se encontraba establecido en nuestra legislación, para lo que había citado en su abono los artículos 34, 39 letra j) y 48 de la Ley Indígena. Por consiguiente, la ‘diferencia esencial’ a que se refería el tribunal era aquella existente entre las normas recién citadas y la consulta indígena del Convenio 169. Adicionalmente, no puede olvidarse que el considerando en comento se inserta en el análisis de la inconstitucionalidad de forma alegada por los requerentes, por lo que la argumentación del tribunal estaba claramente dirigida a concluir que el artículo 6° en cuestión modificaba normas propias de leyes orgánicas constitucionales y, por ende, tenía el carácter de esa clase de leyes.

Demostración clara de lo anterior es que todas las demás alusiones que contiene el fallo a la consulta indígena tienen un tenor muy distinto. En efecto, en el considerando 44° el tribunal expresa tener la convicción que la expresión ‘pueblos indígenas’ debe ser considerada “*como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que **tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte***” (el destacado es del autor). Luego, el considerando 46° reafirma los conceptos anteriores al señalar que las disposiciones del Convenio 169 “*son suficientemente claras como para concluir que **los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente** y demuestran, asimismo, que no están*

dotados de potestades públicas propias” (el destacado es del autor). Y reitera: “*Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas*”.

No puede extrañar, entonces, que en su considerando 70° el fallo haya concluido “*que los procedimientos de consulta del Convenio ya se encuentran incorporados a la legislación interna*”, citando como ejemplo a los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300.

En su fallo del 3 de abril de 2008¹⁵, el Tribunal Constitucional se encargaría de precisar el alcance de la ‘connotación jurídica especial’ que le había atribuido el fallo de 2000 a la finalidad envuelta en la consulta indígena del Convenio 169. Al respecto, el considerando 14° señala que al disponer el artículo 6 N° 2 “*que la finalidad de las consultas es la de llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas, no importa una negociación obligatoria, sino que constituye una forma de recabar opinión, misma que no resultará vinculante, ni afectará las atribuciones privativas de las autoridades que la Constitución Política de la República establece*”.

De todo lo anterior queda en evidencia que no hay contradicción en afirmar que la consulta indígena tiene una ‘connotación jurídica especial’, por una parte, y por otra concluir que dicha consulta ya se encuentra incorporada en nuestra legislación interna y particularmente en los artículos 26° al 31° de la Ley N° 19.300 que regulan la participación ciudadana en el SEIA. En efecto, el Tribunal Constitucional es claro en señalar que la consulta indígena procede ‘con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado’ y sometida al ordenamiento constitucional vigente. Por lo demás, no pueden interpretarse de otra forma las continuas referencias¹⁶ que hace el tribunal al ya citado artículo 34 del Convenio 169 –norma de clausura–, que establece el principio general de flexibilidad en la aplicación de sus cláusulas.

En otras palabras, el Tribunal Constitucional es claro en señalar que la consulta indígena puede y debe insertarse armónicamente en nuestro sistema jurídico, aprovechando las normas que ya exis-

¹⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia de fecha 3 de abril de 2008 sobre control de constitucionalidad del proyecto de acuerdo aprobatorio del Convenio 169, Rol N° 1050-08.

¹⁶ Considerandos 45° y 48°, entre otros.

ten y respetando siempre nuestra carta fundamental. Ese es, por lo demás, el espíritu del propio Convenio 169 tal como fluye de su artículo 34. Fernández (2011, p. 302) pone de relieve este punto al afirmar que “*los derechos especiales reconocidos a los pueblos indígenas deben ser ejercidos en el contexto de la institucionalidad legal establecida en el ordenamiento jurídico vigente*”.

Sin embargo, algo agregaremos más adelante sobre aquella ‘diferencia esencial’ a que hacía alusión el tribunal.

5.2 La participación ciudadana en la Ley N° 19.300 y en el Reglamento del SEIA

El artículo 26 de la Ley N° 19.300 fija la ‘carta de navegación’ al proceso de participación ciudadana al establecer que “*Corresponderá a las Comisiones de Evaluación o el Director Ejecutivo, según el caso, establecer los **mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad** en el proceso de calificación de los Estudios de Impacto Ambiental y de las Declaraciones cuando correspondan*” (el destacado es del autor).

Es necesario entonces examinar los principales elementos de esta ‘participación informada’ para determinar si cumplen o no con los estándares de la consulta indígena del Convenio 169. Estos elementos los encontramos tanto en la Ley N° 19.300 como en el Reglamento del SEIA, que aterriza los derechos y obligaciones que aquella establece:

- a) Obligación de la autoridad ambiental de “*establecer los mecanismos que aseguren la participación informada de la comunidad*” en el proceso de calificación de los proyectos (artículo 49 Reglamento del SEIA).
- b) Obligación de la autoridad ambiental de establecer dichos mecanismos “*en forma específica para cada caso, dependiendo de las características propias del proyecto o actividad*” (artículo 49 Reglamento del SEIA).
- c) Facultad de la autoridad ambiental de solicitar la participación de los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental o con competencia en materia de desarrollo comunitario o social y/o de participación ciudadana, para la

implementación de los mecanismos en cuestión (artículo 49 Reglamento del SEIA).

- d) Derecho a imponerse del contenido del proyecto y del tenor de los documentos acompañados (artículo 27 Ley N° 19.300).
- e) Obligación del interesado de realizar y financiar publicaciones y avisos radiales que contengan todos los antecedentes del proyecto que se exigen en la ley y que son necesarios para satisfacer el derecho de información recién mencionado (artículos 28 y 30 ter Ley N° 19.300).
- f) Obligación de la Comisión de Evaluación Ambiental o del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental ('SEA') de remitir a las municipalidades respectivas una copia del extracto del proyecto '*para su adecuada publicidad*' y para '*garantizar la participación de la comunidad*' (artículo 31 Ley N° 19.300).
- g) Derecho a formular observaciones al proyecto (artículo 29 Ley N° 19.300).
- h) Obligación del SEA de considerar las observaciones, hacerse cargo de ellas y pronunciarse fundadamente a su respecto (artículo 29 Ley N° 19.300).
- i) Obligación del SEA de dar publicidad anticipada a su pronunciamiento sobre las observaciones (artículo 29 Ley N° 19.300).
- j) Derecho a presentar recurso de reclamación cuando las observaciones '*no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental*' (artículo 29 Ley N° 19.300).

Como queda en evidencia, el procedimiento de participación ciudadana se compone de cargas tanto para el titular de un proyecto de inversión como para la autoridad ambiental, destinadas a satisfacer el derecho de participación de cada ciudadano en el proceso de evaluación ambiental. El cumplimiento de estas cargas se traduce en que los ciudadanos tienen derecho, en lo sustancial:

- a) A ser informados oportuna y exhaustivamente sobre el contenido de los proyectos;
- b) A efectuar observaciones a los proyectos, sin que exista restricción respecto al tipo de observaciones ni al formato en que se presenten; y

- c) A que dichas observaciones sean debidamente consideradas por la autoridad ambiental en la calificación ambiental de los proyectos.

De todo lo anterior se desprende que el procedimiento de participación ciudadana no corresponde a un proceso de mera entrega de información, ni tampoco a un proceso participativo en que solo se reciben opiniones sin que estas tengan respuesta. Por el contrario, el derecho a recurrir de reclamación cuando las observaciones no hubieren sido debidamente consideradas en los fundamentos de la resolución de calificación ambiental refleja claramente que la participación ciudadana del SEIA corresponde a un estadio de participación que supera largamente la simple información o recepción de opiniones.

Por otra parte, es importante resaltar que los distintos instrumentos de apoyo con que cuenta el SEIA –como las guías de apoyo– ya han incorporado criterios de pertinencia sociocultural y consideran las particularidades propias de los grupos humanos indígenas. Carrasco (2011, p. 214) cita como ejemplo de lo anterior el hecho que el SEA contemple actualmente guías de explicación del SEIA en lengua mapuche y quechua.

La participación ciudadana del SEIA contiene entonces los elementos fundamentales que permiten afirmar que cumple con los estándares establecidos por el Convenio 169 y por la OIT para la consulta indígena. Ahora bien, y como toda institución humana, naturalmente es perfectible. Esta ‘perfectibilidad’, tratándose de los pueblos indígenas, está relacionada precisamente con aquellos elementos que les permitan participar en el proceso de evaluación ambiental de un modo más apropiado a sus características culturales.

5.3 El Nuevo Reglamento del SEIA

La entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 de 2010 y la implementación de la nueva institucionalidad ambiental implican, entre otras cosas, la dictación de un nuevo reglamento del SEIA (‘Nuevo Reglamento del SEIA’) que reemplace al actual. La propuesta de Nuevo Reglamento del SEIA se encuentra hoy en proceso de consulta ciudadana (incluyendo una consulta indígena), luego de lo cual se espera sea dictado el respectivo decreto.

Más allá de que existe una obligación legal de dictarlo, y desde que empezó a elaborar la propuesta de Nuevo Reglamento del SEIA, el propio SEA fue claro en señalar que su dictación era una buena oportunidad para perfeccionar sus procedimientos con miras a contar con un sistema de evaluación ambiental que asegure la protección ambiental de manera eficiente y eficaz.

En este sentido, y desde un punto de vista general, el SEA ha manifestado que el desafío del Nuevo Reglamento del SEIA es avanzar en los lineamientos y definiciones básicas requeridas para: i) realizar la evaluación ambiental en etapas tempranas; ii) aclarar conceptos y definiciones que permitan generar lineamientos claros e implementar mejores mecanismos de evaluación ambiental; y iii) aclarar y mejorar la ‘permisología’ ambiental asociada a los proyectos. Este desafío es plenamente coincidente con el objetivo de poner al Nuevo Reglamento del SEIA a tono con las regulaciones internacionales en materia ambiental, cuestión esta última cuyo examen escapa al objetivo de este comentario.

Adicionalmente, y desde la óptica de la participación de los pueblos indígenas en el SEIA, se hacía necesario modificar el actual Reglamento del SEIA para incorporar los criterios agregados a la Ley N° 19.300 por la Ley N° 20.417. Por lo mismo el SEA “*ha realizado un trabajo de mejora de procedimientos que permite la incorporación de elementos referidos a los pueblos indígenas en el nuevo Reglamento del SEIA, tanto en lo que se refiere a la evaluación de impactos ambientales como en la elaboración y ejecución de los procesos de participación ciudadana en el SEIA*”¹⁷. Como lo explicó el propio SEA, este ‘trabajo de mejora’ del procedimiento de participación ciudadana estaba dirigido a recoger adecuadamente las particularidades de los diversos grupos humanos del país, y no solo de los pueblos indígenas.

Ejemplo de las ‘mejoras’ que considera el Nuevo Reglamento del SEIA es la propuesta de *Guía de Procedimientos de Participación Ciudadana*, que expone los procedimientos metodológicos con

¹⁷ Minuta Explicativa sobre la consulta de parte del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y guías de procedimiento de participación ciudadana y de apoyo para la evaluación de efectos significativos sobre pueblos originarios en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. (2011): pág. 2. <http://www.consultaindigena.cl/munitas/ME-Participacion-Indigena-SEA.pdf>

respecto a la participación ciudadana en el SEIA. Señala al respecto la minuta explicativa del proceso de consulta indígena de parte del Nuevo Reglamento del SEIA:

“A partir de lo anterior, se generarán reales espacios de participación, donde los pueblos indígenas se informarán e involucrarán con el proceso de evaluación ambiental de los proyectos. Para ello se han considerado como fundamentales las siguientes condiciones:

- *Generar espacios de conversación adecuados según las características de los distintos grupos humanos indígenas, por ejemplo disponiendo la presencia de intérpretes de las lenguas indígenas cuando sea requerido, contribuyendo así a fomentar la identidad indígena.*
- *Contar con mayor y mejor información, de forma pertinente para la población indígena involucrada en procesos de participación ciudadana en el SEIA.*
- *Establecer interlocutores válidos, ya sean económicos, políticos, jefaturas originadas en la tradición del grupo, representantes de los grupos de interés comunitario, como asociaciones deportivas o de mujeres. Sin perjuicio de lo anterior, se deberá considerar siempre a las comunidades y asociaciones indígenas, creadas en conformidad a la Ley N° 19.253.*
- *Establecer coordinaciones estratégicas con distintos actores en torno a los temas sensibles asociados al proyecto, por ejemplo a nivel regional (Comisión de Evaluación, CONADI, Consejos Consultivos Regionales) y a nivel local (Municipios)”¹⁸.*

Esta voluntad de generar un espacio de participación que permita una mejor comunicación y diálogo se traduce en el establecimiento de la denominada ‘PAC Indígena’ (participación ambiental ciudadana indígena) en que, por ejemplo, existen reuniones informativas sobre el respectivo proyecto especialmente dirigidas a los pueblos indígenas.

En síntesis, el Nuevo Reglamento del SEIA viene a confirmar los elementos fundamentales del procedimiento de participación ciuda-

¹⁸ En Minuta Explicativa (2011), ob. cit.: p. 10.

dana ya establecido en el actual reglamento, sin perjuicio que le introduce una serie de modificaciones y mejoras destinadas a ponerlo a tono con la nueva institucionalidad ambiental y con las mejores prácticas internacionales en materia ambiental e indígena.

6. COMENTARIOS AL FALLO Y AL VOTO DE MINORIA

6.1 Comentarios al fallo

Como ya se ha visto, la Corte Suprema ha mantenido su criterio mayoritario en cuanto a validar la participación ciudadana del SEIA como apta para cumplir con la consulta indígena del Convenio 169, criterio con el que este comentarista está de acuerdo y que se ve reafirmado con el análisis que precede.

Al respecto, Valdivia¹⁹ sostiene que *“es cierto que en el sistema de evaluación de impacto ambiental, los proyectos en general de mayor complejidad o envergadura deben someterse a un trámite exigente, en que la comunidad debe tener ocasión de ser oída. La pregunta fundamental que se han hecho los jueces persigue evaluar si esa audiencia sustituye a la consulta. En la medida que esta audiencia ofrece también a los indígenas ocasión de ser oídos (y a condición de que se la ofrezca), no debiese haber inconveniente en conformarse con ese único trámite, sin necesidad de establecer un mecanismo específicamente destinado a recoger las observaciones de los pueblos indígenas”*.

Por su parte, Fernández²⁰ señala que tanto los pronunciamientos del tribunal Constitucional como los diversos fallos de la Corte Suprema *“han reconducido el derecho de consulta indígena al estatus de participación aplicable a todos los chilenos, sin distinción de origen étnico”*. Debe aclararse, eso sí, que el actual reglamento y en particular la propuesta para su reemplazo permiten dicha ‘reconducción’ precisamente porque buscan recoger las particularidades propias de los pueblos indígenas y generar un espacio de ‘participación indígena’ que responda a aquella ‘diferencia esencial’ que el Tribunal Constitucional tempranamente le atribuyó a la consulta indígena.

¹⁹ VALDIVIA (2011), p. 61.

²⁰ FERNÁNDEZ (2011), p. 302.

6.2 Comentarios al voto de minoría

Resta entonces analizar si los argumentos del voto de minoría se sostienen luego del análisis detenido que se ha hecho de las bases normativas y características operativas del procedimiento de participación ciudadana. Para dicho análisis se enunciarán nuevamente los argumentos de dicho voto de minoría y se acompañará una reflexión para cada uno de ellos.

Argumento 1. Los procesos (administrativos) que puedan afectar a los pueblos indígenas deben considerar las particularidades propias de estos grupos humanos y por tanto las resoluciones que recaigan en dichos procesos deben dar cuenta de esa ‘especialidad’.

Del examen de las disposiciones legales y reglamentarias que se ha hecho, más las exigencias que establecen las guías de apoyo a que también se hizo referencia, queda en evidencia que el SEIA y la participación indígena ya consideran las particularidades propias de los grupos humanos indígenas, y por lo mismo las resoluciones que recaen en estos procesos dan cuenta de la ‘especialidad’ a que se refiere el voto de minoría. La propuesta de Nuevo Reglamento del SEIA profundiza esa ‘especialidad’ al reforzar la pertinencia cultural de la participación indígena.

Argumento 2. La consulta indígena del Convenio 169 es obligatoria.

Debe clarificarse que la consulta indígena –de acuerdo al propio Convenio 169– es obligatoria en la medida que concurra ‘afectación directa’ a los pueblos indígenas. Si no hay tal afectación directa, la consulta indígena no es obligatoria.

Al respecto, los proyectos que se evalúan por medio de un EIA siempre tienen participación ciudadana y por tanto consulta indígena, por lo que la obligatoriedad a que se refiere el voto de minoría está plenamente cumplida.

Argumento 3. La consulta indígena debe realizarse de buena fe y con la intención de alcanzar un acuerdo.

El marco normativo del SEIA y de la participación ciudadana en particular establece un proceso participativo en que la buena fe de todos los involucrados (autoridades, evaluado, ciudadanos) es pieza fundamental. Adicionalmente, las exigencias de información, las reuniones obligatorias con espacio para el diálogo, la posibilidad de

los ciudadanos de hacer observaciones y la obligación de la autoridad ambiental de considerarlas, configuran en su conjunto un mecanismo que es apto para generar puntos de encuentro y eventualmente de acuerdo, sin perjuicio que es habitual que no se produzcan acuerdos sobre variadas materias comprendidas en el EIA. Esto último, sin embargo, es permitido por el Convenio 169 y por la OIT, pues lo más relevante en definitiva es la finalidad y la buena fe.

Argumento 4. Informar no constituye un acto de consulta, “porque cuando solo se entregan antecedentes quien los recibe no tiene posibilidad de influir en la decisión”.

Del análisis que se ha hecho queda en evidencia que la participación ciudadana del SEIA supera largamente la mera información o entrega de antecedentes, y que los ciudadanos tienen efectivamente la posibilidad de influir en la decisión de la autoridad ambiental a través de sus observaciones, pudiendo incluso ejercer recursos en caso que estas últimas no sean consideradas.

Ahora bien, es oportuno aclarar que si bien la participación ciudadana del SEIA supera con creces el estándar de un simple acto de información y conlleva la posibilidad real de los pueblos indígenas de influir en la decisión, ello no equivale (ni debe equivaler) a un proceso de negociación. Sobre el particular debe recordarse lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en su fallo de 2008, al señalar que la finalidad de la consulta indígena (llegar a un acuerdo acerca de la medida propuesta) no importa una negociación obligatoria y más bien constituye una forma de recabar opinión que no es vinculante ni afecta las atribuciones privativas de la autoridad respectiva.

De igual modo debe interpretarse lo señalado por la Comisión de Expertos de la OIT en la Observación General 2011 en cuanto a que si bien –por una parte– las consultas pro forma o la simple información no cumplen con el Convenio 169, dichas consultas tampoco implican un derecho de veto ni su resultado será necesariamente alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento, como se podría esperar de un proceso de negociación.

Argumento 5. La consulta indígena debe hacerse a través de organismos representativos (indígenas) y libremente.

La cuestión de la representatividad es ciertamente de gran complejidad. Quizás precisamente porque la administración del Estado no

está en condiciones de determinar qué o quién es representativo en el contexto cultural de los pueblos indígenas, es que lo relevante en definitiva es que el proceso de participación ciudadana no tenga ningún tipo de ‘barreras de entrada’ a autoridades tradicionales, organizaciones de hecho y en general cualquier persona o institución que se arrogue representatividad de los pueblos indígenas.

Sobre el particular, si se revisan las disposiciones de la Ley N° 19.300 y del Reglamento del SEIA (y con mayor razón las del Nuevo Reglamento del SEIA), es claro que dichas barreras no existen. Desde luego pueden participar no solo las organizaciones indígenas reconocidas por el Estado, sino cualquier organización representativa de grupos humanos indígenas, independientemente de si aquella se arroga la representatividad de un pueblo indígena en particular, de una identidad local, o de tal o cual sensibilidad, y con independencia también de si se trata de una organización de hecho sin registro estatal.

Argumento 6. La RCA debió dar cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169 pues al momento de su dictación este último se encontraba vigente.

Ciertamente no se discute lo segundo, pero el análisis que precede permite concluir que la resolución de calificación ambiental en cuestión sí dio cumplimiento a la consulta indígena del Convenio 169.

Argumento 7. La RCA incumplió el deber general de fundamentación de los actos administrativos, porque no es consecuencia de un claro proceso de consulta en el que se hayan tenido en cuenta ‘aquellos elementos para el razonamiento y justificación que esta particular autorización requiere’.

Del análisis precedente resulta evidente que la RCA no puede haber incumplido el deber general de fundamentación.

Como se sabe, la fundamentación o motivación de los actos administrativos constituye un elemento esencial que hace posible el control judicial de los mismos, de tal forma que la denominada “fundamentación” del acto –en este caso la RCA– es la expresión formal de los antecedentes de hecho y de derecho que le sirven de fundamento. Esta fundamentación debe ser suficiente y adecuada, dando plena razón del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, de tal forma que el acto se justifique a sí mismo.

En el caso que nos ocupa, y de acuerdo con las exigencias de motivación de los actos administrativos, la RCA se ha fundado en un procedimiento ajustado a la normativa vigente y armónico con los estándares exigidos por el Convenio 169 puesto que, tal como se ha demostrado en los párrafos anteriores, la RCA fue el fruto de un proceso en que participaron los pueblos indígenas con posibilidad real de influir en la decisión, para usar los términos del propio voto de minoría. Más aún, incluso se fue más allá de lo exigido por la Ley N° 19.300 y se propiciaron instancias de participación de las comunidades en las cuales se les instruía sobre cómo ejercer de mejor manera sus derechos dentro del procedimiento de evaluación ambiental, de modo que se produjese una verdadera instancia de diálogo entre las partes.

Por consiguiente, la afirmación que la RCA no fue consecuencia de un 'claro proceso de consulta' no es otra cosa que un juicio de valor del voto de minoría basado en la visión de su autor sobre el tema, y no puede entonces servir de base para resolver que la RCA carece de fundamentación y menos que es arbitraria e ilegal.

Es más, la fundamentación o motivación del acto también puede remitirse a los antecedentes previos que le sirven de base, tales como informes, oficios, actas de reuniones, etc., en la medida que tales antecedentes efectivamente fundamenten la resolución final o la decisión del órgano administrativo, y siempre que los interesados hayan tenido acceso oportuno a ellos. En este sentido, el artículo 41 inciso 6° de la Ley N° 19.880 señala que "la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma", todo lo cual fluye de la lectura y revisión de la RCA y del proceso de participación ciudadana ejecutado.

Argumento 8. La RCA es arbitraria y lesiona la garantía de igualdad ante la ley, ya que al no aplicarse la consulta indígena del Convenio 169, "niega trato de iguales a las comunidades indígenas reclamantes, porque la omisión implica 'no igualar' para los efectos de resolver".

Sobre este punto, desde el momento en que se estima que la participación ciudadana sí ha dado aplicación a la consulta indígena, la resolución de calificación ambiental ya no puede ser arbitraria ni lesionar la garantía de igualdad ante la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe pasarse por alto la afirmación del voto de minoría en cuanto a que la supuesta omisión de la con-

sulta indígena lesionaría la igualdad ante la ley al negar el trato de iguales a las comunidades reclamantes, en el entendido que dicha omisión implica ‘no igualar’ para los efectos de resolver. La necesidad de ‘igualar’ a que se refiere el voto de minoría podría interpretarse de dos formas: a) porque los pueblos indígenas no tendrían garantizada su participación en el SEIA con iguales derechos que los ciudadanos no indígenas; y b) porque las particulares características culturales de los pueblos indígenas requieren un trato distinto, sin el cual no hay verdadera igualdad en su participación en el SEIA. En ambas hipótesis, sin embargo, la respuesta es la misma: los pueblos indígenas sí tienen garantizada su participación en el SEIA al igual que el resto de los ciudadanos, y además los procedimientos de participación ciudadana indígena si consideran esa especificidad cultural, de modo que en uno u otro caso no hay lesión a la garantía de igualdad ante la ley.

Más aún, bien se podría argumentar que el procedimiento de participación ciudadana lesiona la garantía de igualdad ante la ley de los ciudadanos no indígenas, pues discrimina positivamente a favor de los pueblos indígenas al establecer una serie de medidas excepcionales cuyo objetivo es permitir un mejor proceso participativo. Sin embargo, no debe perderse de vista que lo proscrito no es la discriminación, sino la discriminación arbitraria e ilegal. En efecto, así lo ha entendido el mismo Tribunal Constitucional, el cual en autos Rol N° 986-2007 expuso: *“Que en el marco protector de la garantía normativa de la igualdad se garantiza la protección constitucional de la igualdad <en la ley>, prohibiendo que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario, pues el constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que, optando por una fórmula de otro tipo, se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria”*.

Ahora bien, si el argumento del voto de minoría apunta a que ‘no puede darse trato de iguales a quienes son desiguales’, entonces estaría afirmando que el problema no es la existencia de discriminación negativa (es sabido pues los ciudadanos indígenas pueden participar con plenos derechos en los procedimientos del SEIA) sino la falta de discriminación positiva o, dicho de otro modo, la falta de

pertinencia cultural de la participación ciudadana del SEIA, lo que como hemos visto no ocurre ni en el actual procedimiento ni en el propuesto.

7. CONCLUSIÓN

La sentencia en comentario reafirma la jurisprudencia previa de la Corte Suprema en cuanto a que el SEIA cuenta con los elementos fundamentales que permiten que la consulta indígena del Convenio 169 se pueda realizar como parte del procedimiento de participación ciudadana contemplado en aquel. Lo anterior, sumado a los elementos que emanan de las recomendaciones de la propia OIT sobre la consulta indígena, permite afirmar que los argumentos del voto de minoría no se sostienen. Lo anterior no obsta a que la dictación del Nuevo Reglamento del SEIA es una buena oportunidad para introducir los ajustes necesarios para perfeccionar los mecanismos de la participación indígena, de modo de facilitar que esta última tenga la debida pertinencia y consideración por las particularidades culturales de los grupos humanos indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO QUIROGA, Edesio (2011): “Corte Suprema, consulta indígena y sistema de evaluación de impacto ambiental: una relación que no termina de aclararse”, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2010, una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*: pp. 187-223.
- CEACR OIT, *Observación General*, (2011): *sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm.169). Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Organización Internacional del Trabajo*.
- CONTESSÉ SINGH, Jorge y LOVERA PARMO, Domingo (2011): “El Convenio 169 de la OIT en la jurisprudencia chilena: prólogo del incumplimiento”, *Anuario de Derecho Público Universidad Diego Portales*, N°1: pp. 127-151.

FERNÁNDEZ ALEMANY, Andrés (2011): “Jurisprudencia Judicial y otras fuentes relacionadas con el Convenio OIT N°169, en especial sobre la evolución del derecho de consulta indígena”, *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias Destacadas 2010, una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*. pp. 269-304.

VALDIVIA, José Miguel (2011): “Alcances Jurídicos del Convenio 169”. *Estudios Públicos. Centro de Estudios Públicos*, N° 121. pp. 35-70.